-93

14



POR DON DIEGO DE HINOIOSA VERA

Catalan, y Don Francisco de Hinojosa Vera Catalan su hijo, que a este pleyto salio, vezinos de la ciudad de Xerez de la Frontera,

EN EL PLEYTO,

Cõn don Francisco de Vera Basurto, hijo natural que pretende ser del Alcayde Francisco de Vera.

En Granada, por Martin Fernandez Zambrano, en la calle de los Gomeles. Año de 1631.

1 DEL HECHO DESTE pleito, q̃ es ſobre la ſuceſſion de quatro mayorazgos reduzidos a dos, ay memorial en forma, ajuſtado con las partes y arbol, de que nos valdremos para lo que fuere neceſſario en eſte papel, remitiendonos a las clauſulas de la fundaciõ deſtos mayorazgos, que a la letra van pueſtas en el memorial; y ſolo haremos preſupueſto, que Nuño de Vera el de la caſa primera es el comun eſtipite de todos, del qual fue hijo el Comendador Iuan de Vera, y eſte tuuo por hijos a Nuño Diaz de Vera fundador del mayorazgo de Miramundos en fauor de Iuã de Vera ſu hijo: eſte Nuño de Vera es el de la caſa tercera, y tuuo por hermanos a Pedro de Vera Presbytero de la caſa diez y ſiete, de quien no ay decendientes, y a doña Beatriz de Vera hija del Comendador, y muger de Fernando Lopez Catalan, los de la caſa doze de quien decienden por linea y decendencia legitima, don Diego de Hinojaſa hijo legitimo de don Franciſco de Hinojoſa, y nieto legitimo de doña Beatriz de Vera, y vizniero legitimo de Diego de Vera, y tercero nieto de la dicha doña Beatriz, que ſon los de las caſas 13.14. 15. y 16. y don Franciſco de Vera de la caſa 18. y eſta decendencia eſtà legitimamẽte prouada, y ay muchos teſtigos que deponẽ como doña Beatriz de Vera era hermana de Nuño de Vera, que baſta en tiempo tan antiguo, demas de que el Actor es don Frãciſco de Vera Baſurto, y el es el que ha de prouar aliàs eſta parte, le dize juſtamente las palabras de la l. 28. tit. 2. parti. 3. ibi: *Si lo non pudieſſen prouar que les pertenecia el ſeñorio dellas, ſiempre finca la tenencia en aquellos que las tienẽ, maguer no mueſtren ningun derecho que han pa-*

rate-

ra tenerlas, & ibi Gregorius, litera D. glossa 2. verbo, *Pro*, ibi: *Adde*, § *commodum institut. de interdictis, l liberis*, §. *final*, *ff. de liberali causa*, *& de illo vulgari, Beatus qui possidet, vide glossam in* §. *si tres de pace tenenda, & eius violatore*, l. is quis destinauit, ff. de rei vendicatione, (aunque se le oluidò a Gregorio,) y en esta parte es tan priuilegiado el derecho del Reo, que si el Actor no prueua y funda su intenció plenamente, *Reus, & si nihil præstiterit absoluendus est*, l. 2. ff. de probationibus, l. actore non probante, de regulis iuris, l. in rem 24. ff. de reivendicatione, l. final, C. eo. titul. ibi; *Non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur*, l. possessiones 2. & l. actor, C. de probationibus, l. milites, §. Veteranus, ff. de militari testamento, ibi; *Cuius exceptiones vires ex persona petentis existimantur alioquin potior est in re pari causa possessoris*, l. 1. §. 1. ff. si pars hæreditatis petatur, ibi; *Is qui totam hæreditatem, vel partem hæreditatis petit, ius non ex eo metitur, quod possessor occupauit, sed ex iure suo*, cap. olim 25. de rescriptis, l. 39. titul. 2. l. 1. titul. 14. partit. 3. Bart. in authentica hoc locum, num. 12. versicul. 5. C. de secundis nuptijs dicens, *Vbi non constat de iure petitoris non curamus an possessor ius foueat, vel non*, Lancelotus, 3. parte, cap. 24. quæst. 1. numer. 32. & 33. Rota. decision. 4. per totam de re iudicata in nouissimis Magonius, decision. Lucensi 38. numer. 35. Surdus, consil. 415. numer. 11. ibi; *Et in iudicijs metimur ius ex persona actoris.*

2 Y aunque no se aya por don Diego articulado expressamente, que doña Beatriz de Vera, de quié tiene prouado ser tercero nieto era hija del Comendador Iuan de Vera, es bastante el que aya prouado que era hermana de Nuño de Vera, como lo dizen testigos, porque *Consanguinitas in antiquis rectè probatur per nominationem*, l. 8. titul. 11. lib. 2. Recopilat. Domin. Couarruuias, practic. quæst. 2. num. 7. Cabedus, decis. 73. numer.

mer.16. Iuan Garcia, gloss.18.§.1. a numer.1. meus pater Perez de Lara, lib.2.cap.4.num.12. Gaspar Thesaurus, lib. 2. forensium, quæst. 61. Domin. Castillo, tom.6. cap. 122. in toto, & à num.8.& num. 24. dicens. *Sola itaque probatio de auditu in antiquis sufficit, idque maximè si cum testibus de auditu deponentibus alia simul adminicula concurrãt, nec tot illa requisita necessaria erunt de quibus, in dict. c.licet ex quadam.* Y de forma, que basta prouança generica, Nicolaus Garcia, tom. 2. de beneficijs, part.7.cap.15.num.28.& 29. Domin.Castillo, tom.5.cap.67.num.43.& dict. cap.122. num.8.& 22.& 23.& 24. Sin que pueda resistir el que aun no vuiesse articulo particular desta nominacion, porque basta que los testigos lo digan, pues es tocante a la causa, aunque sit extra articulum, vt rectè resoluit Gregor. Lop.l.31.titulo 16.part.3. vers. *Otrosi*, y en la mesma ley se prueua, & in verbo, aquel pleyto, & resoluit Farinatius, q.71.a n.36. Barbosa, in remissionibus, ad lib.1.tit 86.§.1.n.1.fol.96.

3 De suerte, que en quanto a don Diego no se podra dudar con esto, y ser reo de su legitimo derecho para defender la possession de los mayorazgos en que se halla. Esto presupuesto, vamos prosiguiendo con el discurso del hecho, y es, que Nuño de Vera el de la casa 3. fundò el mayorazgo de Miramundos, el Alcayde Francisco de Vera el de la casa 5 que es de quien pretende ser hijo don Francisco de Vera, fundò el segundo mayorazgo Pedro de Vera el de la casa 17. agregò el primero patronato, y Pedro de Vera de la casa, hijo de Nuño de Vera, agregò el segundo patronato. Don Francisco de Vera Basurto, pretende suceder en estos mayorazgos, por dezir es hijo natural del dicho Alcayde Francisco de Vera, y nieto natural de Nuño Diaz de Vera, que son los fundadores de los mayorazgos, a quienes

los patronatos estã agregados, por dezir, q̃ de sus ascendientes no ay ningun hijo, ni decendiente legitimo, y que assi el como natural, que no estan excluydos los tales, ni podran, conforme a la l. 27. de Toro, es legitimo sucessor. D. Diego de Vera Catalan dize, q̃ a el le toca la sucessiõ de los dichos mayorazgos, como a tercer nieto legitimo de la dicha D. Beatriz, hermana y tia legitima de los fundadores, y que estos mayorazgos, no se hizieron, por virtud de la disposicion de la ley 27. de Toro, y q̃ en todo acontecimiẽto D. Francisco de Vera Basurto, no es hijo natural, sino bastardo, y que la executoria que tiene, no le aprouecha, por auer sido en materia de alimentos, con que para que conste de la clara justicia de Don Diego, y Don Francisco su hijo, se fundaran dos Articulos.

En el primero, se prouarà, que Don Francisco no tiene prouado ser hijo natural, y que la cosa juzgada, no prejudica al derecho de la sucession, particularmente con la negligencia y colusion notoria, que del pleyto resulta auer auido.

En el segũdo, q̃ la verdad es, q̃ ni en el tiẽpo de la cosa juzgada de alimentos, ni en este, puede ser, ni es hijo natural D. Francisco de Vera Basurto, y que en caso que lo fuera, no puede en el mayorazgo de Francisco de Vera excluir los llamados, como son Don Diego, y su hijo, pues la disposicion deste vinculo, no fue por mejora de tercio y quinto, y que en el mayorazgo de Nuño de Vera, aunque tuuiera prouado ser hijo natural, y obstarà la cosa juzgada, no puede suceder, ni se ha de considerar tener llamamiento el hijo natural no nacido.

PRI-

Primus Articulus.

4 ¶ En el segundo Articulo se prouarà ad saturitatẽ, que en los terminos de derecho de nuestro Reyno de la l. 11. de Toro, siendo cierto que don Fráciſco no tuuo habilidad en el tiempo que fue concebido, ni en el que nacio, para que sus padres pudiessen contraer matrimonio in facie Ecclesiæ, no puede ser hijo natural; aora prouaremos, que demas que la sentencia en la causa de alimentos le declarò por hijo, no hizo, ni pudo cosa juzgada, para que en esta causa de sucesiõ aya de tener autoridad de tal cosa juzgada en su fauor: esta es question en que nos pudieramos alargar bastantemente quando no fuera mas que cõ los fundamentos que el señor don Iuan del Castillo refiere en el tom. 5. in cap. 104. por todo el, particulariter desde el num. 22. hasta el 50. donde en el numer. 44. ex l. si quis a liberis, §. si vel parens, versicul. *Meminisse*, ff. de liberis agnoscẽdis, & l. penultima de his qui sunt sui, vel alien. iuris, & l. final, titul. 19. part. 6. dicit sic: *Ex his igitur omnibus vera certa (vt arbitror) conficitur resolutio in hac materia, & articuli propositi, supra ex num. 22. dilucidi, & egregia traditur explicatio sentẽtiam, scilicet, super alimentis latam, non præiudicare in causa filiationis regulariter, nec ita ius facere, vt agendi super causa ipsa filiationis, aut in petitorio iudicio excipiẽdi, etiam ex parte eius contra quem agitur facultas non detur, neque enim petitorio, & causæ filiationis præiudicat, quod iudex alitigantem pronuntiet, nisi illum esse filium pronuntiauerit.*

n.° 4

5 Esto es en el caso de dexar resuelto y fundado, que de qualquiera manera que se declare a vno por hijo en vna causa de alimentos, aunque no se aya dicho que en propriedad se haze la de-

claracion, esto haga autoridad de cosa juzgada, para que en ningun juyzio petitorio plenario de propriedad no pueda boluerse a tratar si es, o no hijo, no resuelue el señor don Iuan en este lugar, que con auer declarado a vno por hijo en juizio sobre alimentos aya cosa juzgada para ser tal hijo en la causa que se trata sobre sucessión de alguna herencia, o mayorazgo: imò, esto y tres cosas que auia disputado desde el numer. 21. del dicho cap. 104. hasta este numer. 44. las tiene resueltas cada vna de por si: estas tres cosas son si las prouanças hechas en el pleyto de alimentos prueuẽ y hagan fee en el de propriedad sobre alguna sucessión de herencia, o mayorazgo, y esta questiõ la resuelue en el numer. 41. con que hazen prouança en el juyzio de sucessión si prueuan como prouanças, no como efecto de cosa juzgada; otra question, fue resoluer en este capitulo y numeros citados el señor don Iuan, si en el juyzio de propriedad de filiacion harà cosa juzgada la sentencia dada, principaliter sobre alimentos, y en esto distingue, que en el juyzio de propriedad de filiacion harà cosa juzgada la sentẽcia de alimentos, si demas de mandar dar alimentos declare por hijo a quien se dan, y que no harà cosa juzgada si le mandaron alimẽtar como a hijo, que es la decision del Consulto, en la dicha l. si quis à liberis, § si vel parens, versicul. *Meminisse*. Otra question, es la nuestra (y q̃ antes del dicho n. 41. y 44. estaua resuelta, auiendola propuesto desde el n. 22.) es si la sentencia dada in causa filiationis cum declaratione, de que se den alimentos como hijo, o declarandole por tal, para que se den los alimentos haga cosa juzgada quando contra diuersa persona de contra quien salio la sentencia de alimentos se trata pleito sobre alguna sucessión de herencia, o de mayorazgo, que comiença el señor don Iuan, esta question, en el numer. 29. versicul.

versicul. *Sed adhuc secundũ*, y la prosigue por los siguientes, y despues de auer hecho en el num. 38. y 39. distincion de si vuo, o no plenario conocimiento para si ay perjuyzio y cosa juzgada en el juyzio ordinario sobre la misma filiacion, o sobre la sucession, resuelue en el numer. 40. por todo el, que siendo el juyzio de la sucession con diferente persona no puede tener efeto de cosa juzgada y por las resoluciones juridicas de la l. cum quæritur, l. quantitas, & l. ea eadem, ff. de exceptione rei iudicatæ, diziendo en el versic. Deinde sic. *Deinde, & secundo nam vt exceptio rei iudicatæ obstet, siue sententia super alimentis lata præiudicium facere possit in causa filiationis necessariũ esset quod tria illa simul concurrerẽt quæ copulatiuè cõcurrere debere, vt obstet exceptio rei iudicatæ supra ad notaui idẽtitas scilicet personarũ, rerũ, & causæ, quæ in eisdẽ terminis propositis* (scilicet, de ser con diferente persona, y por diferente derecho, y sobre cosa diferente) *Concurrere non possunt, vt etiam nunc dixi, nam si is qui super alimentis obtinuit, & sententiam pro se habuit post modum super hæreditate, aut maioratus successione litem mouerit, sicque filiationis causam principaliter deducat, & contra alium non contra eum contra quem in iudicio alimentorum obtinuit actionem suam dirigat, vt pote si mortuo eo quem super alimentis ipsis conuenerat super successione maioratus, quem ipse possidebat aut hæreditate eiusdem experiatur tunc equidem rei iudicatæ authoritas nocere, aut prodesse non potest, vt pote cum nec rerum identitas detur, quia tunc super alimentis agebatur, nunc vero super successione lis mouetur, nec etiam personarum, quia contra alium super hæreditate, aut successione lis excitatur.*

6 De forma, que si la razon, porque dize que la sentencia dada en causa de sucession, es la juridica de faltar las identidades, no hemos de entender, ni se puede dezir, que porque en la sentencia de la causa de filiacion se aya declarado, o no por hijo, aya de auer cosa juzgada, porque esta

no nace de la declaracion de la filiacion, o no, sino del auerse litigado sobre la mesma accion, sobre la mesma cosa y causa de pedir, y con vnas mesmas personas, no podrà tener efeto de cosa juzgada, ni le puede tener faltando estas identidades, como lo funda el señor dō Iuan, vt sic Paulus, dicta l. cū quæritur, ibi; *Inspiciendum est an idem corpus sit*, & dicta l. quantitas, ibi: *Quantitas eadem, idem ius, & eadem causa petendi*, & dict. l. eadem, ibi; *Quæ nisi omnia concurrant alia res est*, Parladorius, libr. 2. rerum quotidianarum, cap. 9. nume. 3. Menochius, consil. 501. num. 15. Magonius, decisio. 37. numer. 7. Hondedeus, consil. 30. numer. 50. libr. 1. ibi: *Adhoc vt exceptio rei iudicatæ ex sententia oriatur plura copulatiue requiruntur: primum, quod idem petatur: secundum, quod eadem sit conditio personarum: tertium, quod sit eadem causa petendi*, refert Barbosa, in l. diuortio, §. final, 2. part. ff. soluto matrimonio, num. 62. Dom. Castillo, dicto cap. 104. & vt dicit Baldus, in l. Arriano, num. 1. C. de liberali causa: *Quando quæstio sopita non est iterum introduci potest, & exceptio rei iudicatæ non datur*, probat text. in l. singulis, ff. de exceptione rei iudicatæ, Valençuela Velazquez, consil. 68. numer. 36. & 37. Y elegantemente lo explica Fontanela, tom. 2. de pactis nuptialibus in additionibus, numer. 9. in fine, totius operis, pagin. 868. col. final, loquendo in pensionibus eiusdem census aliorum annorum, & tradit Salgado, de Regia protectione, capit. 7. 4. part. à nu. 143. ad 150. y el señor Alonso Perez de Lara mi padre, in Compendio vitæ hominis, cap. 27. n. 58.

7 Luego no puede en terminos juridicos fundarse, que porque la sentencia de la causa de la filiacion declare, o no declare por hijo haga cosa juzgada, o no la haga en la causa de la sucession, pues es cosa diuersa, mayormente quando se obtiene con persona diferente de la con quien se litiga

tiga

tiga el pleyto de la sucessió, y lo que puede obrar esta declaracion conforme a la decision de la dicha l. si quis aliberis, §. si vel parens, versicul. *Meminisse*, es respeto de la mesma causa de filiacion para el juyzio de la propriedad della; y entre el juyzio de le filiacion de alimentos, no para el de la sucession en que estamos, y aun el mesmo señor don Iuan del Castillo en el versicul. *Si vero*, del numer. 40 siendo entre las mesmas personas con faltar la identidad de la cosa, dize, que no obra efeto de cosa juzgada, y quando de mas de la idẽtidad de la cosa, ay diuersidad de personas, como en nuestro caso lo pone por indubitable, dicens: *Aliud enim est super alimentis litem prosequi, & obtinere, aliud vero super successione litigare idque maximè, quando personarum identitas non datur, sed personæ diuersæ interueniunt*, y exemplificandolo concluye, dicẽs: *Tunc quidem, nec prodesse, nec nocere potest res iudicata in alimentorum iudicio, sed experiundi, & excipiẽdi quoque facultas datur preut supra contendi*: y aun en terminos de filiacion, sententia non præiudicat alijs pluſquã eis cum quibus lis agitata fuit, Bald. l. 2. C. quibus res iudicata non nocet, Don Francisco de Leon, decision 93. numer. 14. Philippus Paschali, de viribus patriæ potestatis, part. 2. cap. 2. n. 28. & 30.

8 Mayormente, que quando pudiera entenderse que por auerse hecho el pleyto de la filiacion, como se hizo con don Diego de Hinojosa Vera Catalan, bastasse para tenerse por idẽtidad de vnas mesmas personas, no puede bastar para que se entienda identidad de la mesma cosa, ni de la mesma accion, pues alli era de alimentos, y de filiacion para ellos, y en nuestro caso es de sucession destos mayorazgos, y don Diego fue citado como siguiente sucessor, ad tradita per Domin. Castillo, tom. 6. cap. 157. num. 23. & 28. & 33. & 37. Y en esta mesma citacion y asistencia

del

del pleyto consta, que anduuo negligête y omisso, pues no hizo prouāça, ni presentò el testamēto del Alcayde Francisco de Vera, los quales son actos de omissiō conocida, y que dichas omissiones no dañan, ni pueden al derecho del mayorazgo, Mier. in opere nouissimo, 4. part. q. 14. n. 32. & nu. 80. P. Molina, disputat. 647. n. 5. ibi: *Aiunt vero probari fraudem, aut colusionnem eo ipso, quod victus non curauit deducere, vel exhibere iura sua, quod ait Molina probare aperte, l. si seruus plurium, §. si quis ante illis verbis, vel minus plenè causam defendit, ff. de legatis 1.*

9 De manera, que esta negligencia y omission tan conocida de don Diego, no puede prejudicar, no solo a don Francisco siguiente e inmediato sucessor, que ha salido, y opuestose, y pedido restitucion, vt sunt iura aperta, in l. ex contractu de re iudicata, l. à sententia, l. si perlusorio, ff. de appellationibus, d. l. si seruus pluriū, §. 2. & §. si quis ante, de legatis 2. vbi Bartolus, & DD. cōmuniter, & latè traddunt D. Molina, lib. 4. cap. 8. num. 6. Pinellus, l. 1. part. 3. numer. 50. C. de bonis maternis, Ceuallos, q. 636. Guiurba, decis. 1. num. 15. Pater Molina, dict. disputatione 647. Mieres, dict. quæst. 14. Valençuela, cons. 60. num. 23. domin. Paz, de tenuta, cap. 43. numer. 1. Fusarius, de substitutionibus, quæst. 622. domin. Castillo, dicto cap. 157. per totum, Domin. meus Perez de Lara, dicto Compendio vitæ hominis, cap. 20. à num. 54. cum sequentib. sino que tampoco daña, ni puede a la mesma persona intelectual del mayorazgo, sobre que es el pleyto, y que aora representa don Diego, como posseedor actual, porque el derecho del mayorazgo, y persona intelectual es, quid diuersum, de la persona particular del que le possee, Baldus celebri illo, cons. 159. lib. 3. numer. 5. ibi: *Porro duo concurrunt in Rege persona, & significatio, & ipsa significa-*

nificatio (quæ est quædam intellectuale) semper est perseuerans enigmatice licet nō corporaliter; nam licet Rex deficiat quid ad rumbum? Nempe loco duarum personarum Rex fungitur, & persona Regis est organū, & instrumentum illius personæ intellectualis, & publicæ, & illa persona intellectualis, & publica est illa, quæ principaliter fundat actus, Franciscus Milanes, decisione Siciliæ 8. numer. 329. part 1. Freccia, de sub feudatione, lib. 2. §. alienum, nu. 22. & 27. fol. 287. D. Paz, detenuta, cap. 43. num. 8. & part. 2. cap. 65. numer. 14. Ioannes Andreas Georgius, in repetitione feudali, cap. 31. num. 23. domin. Castillo, dicto cap. 157. num. 33. & 37. Robitus, cons. 81. num. 9. ibi: *Nam actiones, & passiones in feudis, & rebus ipsis feudum concernentibus non radicantur in persona propria possidētis feudum, sed in ipso feudo, ita vt quid agat, & patiatur feudatarius feudum agi, & pati dicatur non autem feudatarius, nam feudum est homo mutus, & Surdus*, y lo que se dispone en el feudo, se entiende en el mayorazgo, Ponte, cons. 5. num. 26. vol. 2. Barbosa, in varijs tractatibus in locis communibus, loco 47. n. 1. & loco 66. n. 2.

10 Sin q̄ pueda obstar valerse don Francisco Basurto de la dicha cosa juzgada en la dicha causa de alimentos, y dezir, q̄ la declaracion de filiacion en ella, ha de ser verdad en esta causa, nam res iudicata pro veritate habetur, l. si non sortem, §. hæredi, ff. de conditione indebiti, l. cum putarem, ff. familiæ herciscundæ, l. ingenuum, ff. de statu hominum, l. res iudicata, ff. de regulis iuris, l. 1. C. quando prouocare, *Et quia res iudicata* (vt dicit Castrensis, cons. 6. circa finem, vers. cum igitur, lib. 1.) *Facit de albo nigrum, & de nigro album, falsumque mutat in verum non essentialiter, sed quoad effectum*, vt latè tradit Barbosa, in tractatibus, varijs axioma 200. y en tanto que no se deshaze por hallarse nueuas escripturas, l. sub specie 4. C. de re iudicata, l. sub prætextu, la 1. C. de transactio-

n.º 6.

D nibus,

nibus, l. 19. tit. 22. partit. 3. ni por nueuas prouan-
ças, l. 15. tit. 11. eadem part.

11 La mas cierta reſolucion es, que demas que no eſtamos, como eſtà prouado, en caſo de auer coſa juzgada, quando notoriamente conſta o por nueuos inſtrumentos, o por nueuas prouãças que los teſtigos primeros fueron falſos, y falſa la cauſa, la ſentencia ſe puede retractar, y deſhazer, petita reſtitutione ex clauſula generali, vt per textum, in l. ſi mater, ff. de exceptione rei iudicatæ, & alia iura, reſoluit Gregorius, d. l. 19. tit. 22. partit. 3. verbo. Contra el Rey, dom. Padilla, l. ſub prætextu, n. 17. Gutier. de juraméto. part. 3. cap. 7. num. 8. Iuan Garcia, gloſſa 6. §. 2. a num. 5. Ceuallos, quæſt. 542. num. 3. tom. 2. & quæſt. 838. num. 8. tom. 3. & probatur, ex l. final, C. ſi ex falſis inſtrumentis, l. ſi prætor 75. §. Marcellus, verſ. Paulus, notat, ff. de iudicijs, cap. ſuper eo da crimine falſi, l. diuus de re iudicata, & eamdé reſolutionem, tenet idem Ceuallos, quæſt. 842. aunque no ſe prueue mas que ſolo auer ſido falſas las prouanças, como aqui conſta notoriamẽte en orden a la filiacion, & hanc reſolutionem dicit veriorem eſſe ex noſtro iure Regio, Ceuallos, dicta quæſt. 842. num. 5. y no ſe podra ponderar en contrario la pragmatica de el año de 615. porque ſolo quitò el dezir de nulidad contra las ſentencias paſſadas en coſa juzgada, o de reuiſta de los ſeñores del Conſejo, y Oydores de las Audiencias, ni pedir reſtitucion para ello, no dixo, ni expreſſò la ley por caſo de falſas prouanças, e inſtrumentos nueuamente hallados, y como ley penal, y correctoria, no ſe ha de extender, ni entender que por ella ſe ayan quitado las diſpoſiciones expreſſas de derecho, ſequuta regula, l. præcipimus, de appellationibus, de que *veteribus legibus relinqui oportet quod ſpecialiter non eſt emendatum*, y en eſtos caſos ſe limita la autoridad de la

coſa

cosa juzgada, Barbosa, dicta axioma 200. num. 6. & 7. y porque su efecto, y ser irretractable, solo es inter partes litigantes, l. & eleganter, §. si quis post, ff. de conditione indebiti, Cardinalis Thuscus, litera R. conclus. 267. num. 85. Rota, apud Farinatium, decis. 78. num. 1. part. 1. in recentioribus, Barbosa, vbi supra, n. 4. dicens, *Facit ius irretractabile inter partes.*

Secundus Articulus.

12 ¶ De la autoridad de los Doctores, es valido en derecho el argumento, probat text. in l. antiqui, ff. pars hæreditatis petatur, cap. cum haberet de eo qui duxit in matrimonium, cap. omnes Principes de maioritate, & obediẽtia, l. si pater, ff. de solutionibus, l. septimo mense de statu hominum, Petrus Andreas Gammar. in dialectica legali loco ab authoritate, libr. 2. & Augustinus Barbosa, in locis communibus, loco 12. Y si el caso que en este pleyto se pretẽdio prouar por los Abogados contrarios, de querer fundar, para q̃ don Frãcisco sea hijo natural del Alcayde que basta; *Auerse podido su madre casar con el que dize su padre en el medio tiempo que vuo despues de la concepciõ, hasta la muerte del dicho Alcayde Francisco de Vera, que fue quando estaua en el vientre, fuera no digo juridico, sino aparentemente disputable*, estante lege 11. Tauri, *que señalò dos tiempos.* No es de presumir por la autoridad de los Autores de nuestro Reyno, que todos ellos vuieran passado en silencio dicha cõsideracion, y se deue creer, que aunque disputationis gratia, se pudiesse hablar della por los Abogados, y del entendimiento de la l. Paulus, de statu hominum, que tan docta como superiormente nos dificultò el señor don Melchor Caldera Freyle, no se puede aplicar, ni deue, stante dicta l. 11. Tauri,

Tauri,que ſe ſeñalò dos tiempos, y no tres para prouar y difinir quien fueſſe hijo natural,vt habetur,ad l. 11.quæ eſt hodie,l.9.titul. 9. libr. 5.recopilationis,ibi; *Que entonces ſe digan ſer hijos naturales quando al tiempo que nacieren, o fueren cõcebidos ſus padres,podran caſar con ſus madres juſtamente,ſin diſpenſacion,con tanto que el padre lo reconozca por ſu hijo.* Y, eſtos dos tiempos ſon de los que hablan los Doctores, ſin diſtinguir nadie el tercero, vt tradunt Tauriſtæ,& omnes relati per Dominum meum patrem,in Compendio vitæ homin.cap.7.à nu. 46.cum ſequent.

13 Præcipuè, que la ley de Toro hablò ſolo de dos tiempos,y diſtinguio en eſtos no en el tercero del medio tiempo,*Et vbi lex non diſtinguit,nec nos diſtinguere debemus*, l. non diſtinguemus, ff. de receptis arbitris,l.Præſes,de officio præſidis, l.2. §.conuenire de iudicijs,l.quos prohibet de poſtulando,l.1.§.generaliter,vbi gloſſa,verbo, *In infinitum*,de legatis præſtandis,Gam. deciſion. 105. Surdo,conſil. 51. numer. 7. Thom. de Thomaſet.in floribus legum,regula 300. Bouſa, in Bulla Cœnæ,cap.2.diſputat.8.num.1. & tradit plura Auguſtinus Barboſa,axioma 136.num. 4.dicens,num.5.*Quod ſi lex voluiſſet expreſſiſſet*.l. vnica, §.ſin autem ad deficientis, C. de caducis tollendis cum ſimilibus. Y porque el hombre no ha de preſumir lo que llegando a diſtinguir, no diſtinguio la ley,y que ſi lo quiſiera,le fuera facil declararlo,Ariſtoteles,lib.5.AEthicorũ,cap.5.ibi: *Quod & ipſe legiſlator ſi voluiſſet dixiſſet*, Barboſa,d. axioma 136.num.6. & 7.ibi: *Lex enim id noluiſſe præſumitur cum facile id exprimere potuiſſet neque expreſſit Menoch.conſ.30.n.8. Armenda, in procem.ad recopil.leg.Nauarræ, n.150. Quia quod lex non dicit non eſt ab homine præſumẽdum,l.diſſentientis, C.de repudijs, cap.illa ne Sede vacante,Surd.conſ.219.n.21.*

14 Y tanto mas es cierto, que en terminos de la

de la ley 11. de Toro, que expressa, y señala los tiẽpos en que ha de poderse cõtraer el matrimonio entre los padres del que dize ser hijo natural, sin hablar del medio tiempo, no se puede hazer inteligencia, ni ponderacion de bastar la habilidad de contraer en el medio tiempo, quando los Doctores de nuestro Reyno, q̃ llegaron a distinguir de todos tres tiempos, hablarõ solo en el caso de la libertad, y del matrimonio ya contraydo para el cap. tanta qui filij sint legitimi; y el señor don Francisco Sarmiento, libr. 1. Selectarum, cap. 5. No disputò el tercer caso en los terminos de la ley 11. de Toro, sino si de derecho ciuil, antes de la constitucion de la ley nuper 11. C. de naturalibus liberis, estuuiesse decidido, si la habilidad, in parẽtibus sit consideranda; *Natiuitatis vel tempore conceptionis*, y la resolucion de Sarmiento fue, que se auia de atender al tiempo de la cõcepcion, per l. Paulus, de statu hominum, & l. si contra mandata, C. de nuptijs, l. ex litera, C. de suis, & legitimis hæredibus, y que la ley, & seruorum de statu hominum, & §. sed & si quis, instituta de ingenijs, y los textos semejantes decidieron el tiempo de la natiuidad, *Fauore libertatis*, y esta disputa, y controuersia no es de nuestro caso: *Porque ninguno de los dos tiempos tiene don Francisco*: y ora la ley nuper no aya sido nueua constitucion, vt erudite comprobat contra Sarmientum, noster Regius Fiscalis don Franciscus de Amaya, libr. 1. obseruationũ, cap. 4. o sea lo cõtrario, vt pro opinione Sarmienti, lo resuelue el señor D. Roque de Vergas, in repetitione, cap. tanta, qui filij sint legitimi, à nume. 24. cum sequent. no nos viene a importar, y en el numer. 29. dize, que no obstante la disposicion de la ley 11. de Toro, no se ligitimaron los hijos, ex dispositione, cap. tanta, cuyos padres al tiempo de la concepcion no podian contraer matrimonio, ibi: *Neque etiam obstat, lex 11.*

Tauri, *quia dispositio illius legis intelligenda est ad consequẽdos effectus ciuiles, vt est hæreditas, nobilitas, &c. Sed quo ad hoc, vt filius legitimetur per subsequens matrimonium solum tempus conceptiones spectabitur, nec contrarium dixit dict. l. Tauri, nec si dexisset seruãda esset ex potestatis defectu, ex text. in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de constitut.*

15 Y que el medio tiempo se atienda en fauor de la libertad, probat principium institut. de ingenuis, vbi Dom. Pichard. numer. 6. *Aliàs habilitas medij temporis extra libertatem, nec prodest, nec nocet*, vt in hærede instituto qui non fuit capax acquisionis medio tempore, *Nam media tempora hæredi non nocent*, §. in extraneis de heredum qualitate. Y quando se siga la resolucion de don Francisco de Amaya, en el caso de la legitimacion por el matrimonio subsequente, estendiẽdo el fauor de la libertad al matrimonio, per text. expressum in cap. fin. de re iudicata, ibi: *Nisi ex causa fauorabili, vt puta matrimonio, & libertate*, y la resolucion de Basilio, tractu de matrimonio, in appendice, c. 3. numer. 9. fol. 7[illegible] assi mesmo bastar en los terminos del cap. tanta qualquier de los tres tiempos, no puede esto aprouechar, *Para cõsiderar tres tiempos de habilidad de los padres, para que los hijos sean naturales*, porque el fauor del matrimonio, y libertad, no se deue extender, ad huiusmodi filios in peccato conceptos. *Non stante Sacramento matrimonij ex post facto*, con que se podra aplicar que en nuestro caso es buena la razon que da Sarmiento, dicto càp. 5. nu. 11. y que esta no obste en el caso de seguirse matrimonio, vt rectè ponderat noster Fiscalis, dicto cap. 4. n. 17. conciliando al vno, y al otro en esta forma, y no se podra extender lo que los dichos Doctores resueluen en el caso del dicho cap. tanta, al nuestro, en que la ley de Toro *expressò solo dos casos*, y los Doctores no han considerado el tercero, ni pudieran sequendo verba legis.

16 Aña-

16 Añadese a esto, que tampoco està reconocido don Francisco por el Alcayde Francisco de Vera *su padre, que dize ser*, como es forma expressa de la dicha ley 11. de Toro, ibi: *Con tanto que el padre lo reconozca por su hijo*, y cuyo reconocimiẽto deue ser formal y expresso, hecho por el padre, Palac. Rub. dict. l. 11. num. 21. Ant. Gomez, n. 1. Tello, num. 2. Matienço, gloss. 4. num. 1. domin. Couarr. in 4 part. 2. cap. 8. §. 4. num. 7. Azeued. l. 9. titul. 8. lib. 5. recopil. numer. 20. Ceruantes, dict. l. 11. num. 123. & num. 139. ibi: *Dum enim ea patris recognitio requiritur non qualemcumque cognitionem sed ea tantum quæ enixam seu efficacem paternam demonstrationem significent, ex postulari mihi visum est ea enim dicti, re, vehementem atque indubitatam cognitionem patris persuadet*, y quando en los pleitos de alimentos se passe con la resolucion de Azeuedo, dict. l. 9. tit. 8. lib. 5. num. 10. ibi: *Hodie vero, licet non requiratur requiritur tamen probari quod pater eum tacitè vel expressè pro filio recognouit, puta alimentãdo eum in domo, vt filium, vel nominando eum talem in vita vel in morte*. el reconocimiento en materia tan importante, como la sucession de vn mayorazgo, deue tenerse por expresso, mayormente auiendose por la dicha ley 11. de Toro, quitado todos los requisitos necessarios, de iure comuni, *ad probandum quem esse filium naturalem*. Y de ser preciso, ser de concubina inspecto iure ciuili, en el qual caso resuelue el señor don Roque de Vergas, vbi sup. n. 28. que hablò la ley nuper, C. de naturalibus liberis.

17 Estando pues prohibido el concubinato por derecho Canonico, y por la ley 11. de Toro, vt latè concludit, Domin. Castillo, tom. 6. cap. 124. a num. 8. cum sequentibus.

18 Quitadas las dichas calidades, y requisitos del concubinato, la prouança presumpta de filiacion, que nace del tratado, y nominacion, no

siendo

siendo con el expresso reconocimiento no ha de bastar, quando agitur ad successionem, vt resoluit latè D. Castillo, dict. cap. 124. à num. 8. cum sequent. vsque ad 13. dicens, numer. 8. *ex ea autem lege desinitur: filium recognitum à patre habitum ex muliere cum qua pater poterat contrahere matrimonium tempore natiuitatis, & conceptionis absque dispensatione esse naturalem*; luego requierese habilidad para ser hijo natural en vno de los dos tiempos, no del tiempo intermedio, y requierese reconocimiento del padre, y justamente lo dispuso assi la ley, porque cessando ya el concubinato, en el qual cō nacer el hijo en casa, ex concubina, tenia presuncion de ser tal. Oy auido el hijo no de muger detenida y guardada en casa, si el padre no lo reconoce, no es de marauillar que no sea tenido por hijo en terminos de la ley de Toro: y en este caso no bastarà prouar la filiacion como para los alimentos, por nominacion y tratado, y despues de muerto el padre, vt resoluit Dom. Castillo, d. tom. 5. d. cap. 104. n. 8.

10 Esto presupuesto, es necessario que aduierta don Francisco, que para suceder en los mayorazgos sobre que se litiga aya de mostrarse llamado, o cō tal calidad por derecho que se haga, como si fuesse llamado. La primera calidad de llamamiēto no la tiene en ninguno delos dichos mayorazgos, y para entrar como dizen por la puerta, y assi bien, vt habetur Ioann. cap. 8. qui non intrat per hostium, non intrat rectè, Barbos. in remissionibus, lib. 5. titul. 60. §. 1. numer. 2. fol. 326. ha de ser siēdo hijo natural, desto no tiene cosa juzgada como se prouò en el primero Articulo; no tiene prouança de serlo en ninguno de los dos tiempos requeridos por la ley del Reyno, no basta el medio tiempo como està prouado, no tiene reconocimiento como se requiere, luego consequencia legitima es, que no entra biē

a pedir

a pedir esta sucessión, y que se ponderaron mal por los Abogados contrarios, todas las doctrinas generales, y autoridades de la ley, ex facto, §. si quis rogatus, ad Trebel. & quæ latè tradit Flores, practicarum questio. 16. libr. 1. Y el señor don Iuan del Castillo, tom. 5. cap. 106. y la question de si la existencia de hijos naturales haga faltar la cōdicion, si sine filijs, de qua, latissimè Dom. Castillo, dicto tom. 5. cap. 82. per totum, particulariter à numer. 13. & num. 16. & numer. 20. 23. & 32. y en el num. 42. resuelue, que de ninguna manera, aun en caso de llamarse simplemente a los hijos, sin añadir legitimos, no se comprehenden, dicens. *Quod filij naturales, & alij huius generis non sunt admittendi ad maioratum etiam si faciens maioratum dicat simpliciter, quod relinquit filijs maioratū quia licet non dicat quod in eo succedant filij legitimi, & naturales sub intelligi hoc debet, quia cum bona maioratus de iure non pertineant nisi ad filios legitimos, & naturales testator in hoc videtur se conformare cum iuris dispositione quæ hos filios excludit.* Que serà en nuestro caso dōde siēpre ay llamamiētos de hijos legitimos en entrābos mayorazgos. No es la question q̄ la disposicion excluya a los naturales, para que lo esten, sino que no se hallen llamados expressamente, y nadie puede dudar, que quando se llaman hijos legitimos, no pueden suceder los naturales, y esto seria error lo contrario, la question ha sido quando el llamamiento es simpliciter de hijos, sin añadir los naturales, y en este caso el señor don Iuan del Castill. d. cap. 82. n. 42. per totum, resuelue, que en los mayorazgos no suceden, nec comprehenduntur filij naturales, etiam simplici filiorum vocatione, en los fideicomissos podra proceder el dicho §. si qui rogatus, ni estamos en estos, ni en el llamamiento, simpliciter, de hijos, y assi nescio quo iure, el Abogado contrario informò en los Estrados con doctrinas, que son cōtra el.

20 Si

aya solo lugar en los nacidos, Parladorus, libr. 3. quotidianar. quæst. q. 6. n. final, que es caso aplicable a la sucession de entrambos mayorazgos y fundaciones de Nuño de Vera, y del Alcayde Frãcisco de Vera, y en los mesmos terminos desta sucession de mayorazgos dize, que el hijo, o nieto natural no nacido al tiempo del testamento, o disposiciõ, no se podrà valer de la de la l. 27. ibi: *Neque huic filiæ naturali proderit, si dixerit se substituendam fuisse ab auo antequam substituerentur transuersales, iuxta l. 27. Tauri, quæ est hodie, l. 11. tit. 6. libr. 5 recopil. nam substitutiones quas lex illa facere iubet patrem, aut auum meliorantem, intelligendæ sunt, de descendentibus, qui nati sunt tempore quo testamentum fit, nam qui eo tempore nati, aut concepti non sunt, nõ possunt testamentum impugnare, l. si quis filio ex hæredato, §. 1. ff. de iniusto rupto*, Dom. meus Perez de Lara, in cõpend. vitæ hom. cap. 2. n. 47. ad finem, ibi: *Et licet, dicta lex 27. Tauri, intelligatur de descendẽtibus qui nati fuerãt tempore testamenti, quia non nati non possunt testamentũ impugnare.* Et ibi: *Et ita, quod dicta lex 27. restringatur ad descendentes natos tempore testamenti, tenet Mieres, &c.* y refiere a Parladorio.

23 Con lo qual parece, que aunque don Francisco de Vera Basurto tuuiera prouado ser hijo natural, o cosa juzgada de serlo, que lo vno, ni lo otro no tiene, no podia suceder, ni aun en el mayorazgo de Miramundos, y que asi se deue declarar, absoluiẽdo, y dando por libre a D. Diego de Vera Catalan. Salua, &c.

El Licenciado Don Iuan Perez de Lara.